

ARBITRAMENTO-Definición

El arbitramento es un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos en virtud del cual las partes involucradas en una controversia de carácter transigible acuerdan delegar su solución a particulares, quienes quedan transitoriamente investidos de la facultad de administrar justicia y cuya decisión es obligatoria, definitiva y tiene efectos de cosa juzgada. Esta figura fue reconocida expresamente por el Constituyente de 1991 en el artículo 116 de la Carta Política, el cual establece que “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.” La jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que el arbitramento es un mecanismo propicio para garantizar la efectividad de principios y valores constitucionales como la eficacia, celeridad y efectividad de la justicia, ya que favorece la participación activa de los particulares en la solución de sus propios conflictos.

PACTO ARBITRAL COMO MANIFESTACION DEL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD DEL ARBITRAMENTO

El arbitramento se rige por el principio de voluntariedad o habilitación, el cual establece como requisito sine qua non para su procedencia, que las partes hayan manifestado previa y libremente su intención de deferir a un grupo de particulares la solución de sus diferencias. Para la Corte, la celebración de dicho negocio supone no solamente la decisión de someter una determinada controversia a consideración de un grupo de particulares, en los cuales depositan su confianza de que la decisión que adopten – cualquiera que ella sea – se ajuste al orden constitucional y legal; sino también la obligación de acatarla plenamente. La determinación de habilitar a los árbitros para poner fin a una determinada disputa se materializa a través de un negocio jurídico de derecho privado denominado pacto arbitral, el cual, según la normativa vigente, puede tomar las formas de cláusula compromisoria o compromiso. Aquel puede abarcar una controversia determinada o referirse de manera general a todos los conflictos de naturaleza transigible que puedan surgir de una relación jurídica. Esta Corporación ha señalado que el pacto arbitral, en tanto negocio jurídico, puede encontrarse viciado de nulidad cuando quiera que la voluntad de las partes esté distorsionada o gravemente comprometida. No obstante, la consecuencia derivada de tal circunstancia es aún más trascendental que aquella originada en la nulidad de cualquier otro acto o declaración de voluntad. En efecto, los vicios del consentimiento de los suscriptores de un pacto arbitral no solo afectan la validez de dicho negocio jurídico, sino que

comprometen adicionalmente la legitimidad de cualquier decisión que los árbitros adopten en virtud de él. Es por ello que para la jurisprudencia constitucional es indispensable que el pacto arbitral resulte de la voluntad libre y autónoma de las partes de someter sus diferencias a la decisión de particulares, y no de la imposición de la parte más fuerte en la relación negocial. En adición, el pacto debe ser sumamente claro e inequívoco de la intención de los contratantes de deferir sus conflictos a la decisión de la justicia arbitral.

CLAUSULA COMPROMISORIA-Definición

La cláusula compromisoria es el pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral. Entretanto, el compromiso es un negocio jurídico por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un Tribunal de Arbitramento. A pesar de que la voluntad en el pacto arbitral consiste simplemente en la decisión clara e inequívoca de someter una determinada controversia a la decisión de un grupo de árbitros, los artículos 116 y 117 del Decreto 1818 de 1998 exigen su carácter documental como solemnidad sustancial para que se reputa legalmente perfecto.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional/ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR DEFECTO ORGANICO-Procedencia excepcional

De acuerdo a la jurisprudencia constitucional, se está en presencia de un defecto orgánico cuando la autoridad que dictó la providencia censurada carecía absolutamente de competencia para conocer del asunto. El defecto orgánico es de naturaleza (i) funcional, cuando los jueces exceden de manera manifiesta el ámbito de la competencias conferidas por la Constitución y la ley y (ii) temporal, cuando la autoridad judicial, si bien gozaba de atribuciones suficientes para realizar determinada conducta, lo hace por fuera de los espacios de tiempo establecidos para ello. Así las cosas, el desconocimiento de los límites temporales y funcionales de las competencias de los funcionarios judiciales conlleva la configuración de un defecto orgánico, y por ende, el desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso.

DEFECTO SUSTANTIVO-Como causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

El defecto sustantivo como criterio específico de procedencia de la acción de tutela pretende conjurar aquellos eventos en los cuales, bajo el pretexto del ejercicio de la autonomía judicial, las autoridades accionadas desconocen los

derechos fundamentales de las personas en la aplicación o interpretación de la normativa relevante para dirimir la controversia.

DEFECTO SUSTANTIVO-Presupuestos para su configuración

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION-Causales

ACTO ARBITRAL-Requisito de solemnidad para su perfeccionamiento

PACTO ARBITRAL-Responde a principios de hermenéutica contractual

DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA-Vulneración por la Sección Tercera del Consejo de Estado al declarar inexistente la cláusula compromisoria

RECURSO DE ANULACION CONTRA LAUDO ARBITRAL-Corte Constitucional resuelve declarar infundado recurso de anulación contra laudo arbitral entre Unión Temporal Mavig-Deprocon vs. Secretaría de Educación Distrital de Bogotá

Referencia: expediente T-2958222

Acción de tutela instaurada por la Unión Temporal MAVIG – DEPROCON contra la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Magistrado Ponente:
JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil once (2011)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido en el asunto de la referencia por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que confirmó la decisión de primera instancia proferida por Sección Cuarta de dicha autoridad judicial.

I. ANTECEDENTES

1. La Unión Temporal MAVIG-DEPROCON presentó, el ocho (8) de julio de dos mil diez (2010), acción de tutela en contra de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, buscando la protección efectiva de su derecho al debido proceso, de conformidad con los siguientes hechos:

- Cuenta que el veintidós (22) de diciembre de dos mil tres (2003), la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, a través del Fondo de Desarrollo Local de San Cristóbal, y la Unión Temporal MAVIG-DEPROCON, celebraron el contrato de obra UEL-SED-04-131/00/03, para el diseño y ejecución de las obras necesarias para la ampliación y mejoramiento de las instalaciones de las Instituciones Educativas Distritales Juan Evangelista Gómez y CASD de la localidad de San Cristóbal, en la ciudad de Bogotá.
- Pone de presente que la cláusula vigésima cuarta del mencionado acuerdo disponía lo siguiente:
“Las diferencias que surjan entre las partes por asuntos diferentes a la cláusula de aplicación de caducidad y de los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales, con ocasión de la celebración, cumplimiento y liquidación del contrato, serán dirimidas mediante la utilización de los mecanismos de solución ágil de conflictos previstos en la ley, tales como arreglo directo, amigable composición, conciliación, transacción y si tales diferencias tienen carácter insalvable, acudirán de mutuo acuerdo al arbitramento de conformidad con lo establecido en las normas vigentes.”
- Asegura que ante las diversas dificultades que se presentaron durante la ejecución del mencionado acuerdo, la Unión Temporal MAVIG-DEPROCON formuló, el treinta y uno (31) de enero de dos mil siete (2007), solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, pretendiendo que se declarara, por hechos imputables al Fondo de Desarrollo Local de San Cristóbal de la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, la ruptura del equilibrio económico y financiero de dicho contrato.
- Manifiesta que según reposa en el acta del nueve (9) de febrero de dos mil siete (2007) y comunicación del diez (10) de abril de esa misma anualidad, las partes designaron de común acuerdo como árbitros a Sandra Morelli Rico, Germán Alonso Gómez Burgos y Néstor Osuna Patiño, quienes aceptaron oportunamente.

- Sostiene que una vez contestada la solicitud de convocatoria, tramitada la etapa probatoria y presentados los alegatos de conclusión, el proceso arbitral culminó en laudo dictado el (16) de febrero de dos mil nueve (2009).
- Relata que en dicha providencia, el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre la Unión Temporal MAVIG-DEPROCON y el Fondo de Desarrollo Local de San Cristóbal de la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, acogió de manera unánime las pretensiones de la solicitud de convocatoria, declarando la ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato, su nulidad absoluta parcial y decretando consecuentemente su terminación y liquidación.
- Comenta que la parte convocada presentó recurso de anulación ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, invocando como fundamento las causales 7ª y 8ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Sustentó dicho recurso en los siguientes argumentos:
 - - Tratándose de la causal 7ª, relativa a “*contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento*”, la parte recurrente señaló que la providencia judicial reprochada contenía disposiciones contradictorias en las resoluciones sexta y séptima. En efecto, la Secretaría de Educación de Bogotá alegó que mientras que la primera de las determinaciones citadas establecía que la entidad contratante no adeudaba valor alguno al contratista por concepto del rompimiento del equilibrio económico del contrato – por no haberlo ejecutado –, la segunda de ellas, en abierta contradicción con lo anterior, condenaba al pago de mil treinta y cuatro millones doscientos sesenta y nueve mil trescientos sesenta y ocho pesos (\$1.034.269.368).
 -
 - Asimismo, invocando la misma causal, el recurrente señaló que el laudo censurado contenía errores aritméticos, ya que el Tribunal de Arbitramento, para efectos de calcular el monto de la condena, tuvo como utilidad proyectada por el contratista el 349.2975% y como costo real de la obra contratada tan solo \$414.873.532, lo cual resultaba “*abiertamente contrario a la realidad del contrato*”. Adicionalmente, la Secretaría de Educación de Bogotá manifestó que el panel de árbitros se equivocó al haber condenado al pago de intereses respecto de una suma de dinero que había sido previamente indexada.

- En lo atinente a la causal 8ª, relativa a “*haberse [sic] recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido*”, la parte recurrente sostuvo que el Tribunal de Arbitramento obró por fuera del marco de su competencia al declarar la nulidad absoluta parcial del negocio jurídico objeto de la controversia, ya que, en su criterio, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha manifestado de manera reiterada y uniforme que a la justicia arbitral le está vedado pronunciarse sobre la legalidad de los contratos estatales.
- El Consejo de Estado, mediante decisión del diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010), declaró inexistente el pacto arbitral contenido en la estipulación vigésima cuarta del contrato y en consecuencia, declaró la inexistencia jurídica del laudo del dieciséis (16) de febrero de dos mil nueve (2009).
- Expuso esa Corporación que la cláusula compromisoria que presuntamente habilitaba a los árbitros para dirimir dicha controversia, al no consignar “*la decisión clara, inequívoca y vinculante de someter las diferencias que surjan entre los contratantes al juzgamiento de un Tribunal de Arbitramento*” carecía de objeto, y en consecuencia, faltaba uno de los elementos esenciales requeridos por la ley sustancial para su surgimiento a la vida jurídica. El órgano máximo de la jurisdicción contencioso administrativa explicó que la estipulación contractual apenas “*se limitaba a prever que en el futuro, cuando se presenten o configuren diferencias insalvables, las partes “acudirán de mutuo acuerdo al arbitraje*”, sin que en realidad existiera una manifestación de voluntad inequívoca en el sentido de someter a un Tribunal de Arbitramento la solución de las controversias que se presentaran en desarrollo de dicho acuerdo. De esa forma, concluyó que la cláusula carecía de la eficacia normativa para habilitar a los árbitros para conocer del presente litigio.

Conforme a lo expuesto, el accionante asevera que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado desconoció su derecho fundamental al debido proceso, porque incurrió en (i) ***un defecto orgánico***, al haber declarado la “*inexistencia jurídica*” de la cláusula compromisoria, sin que dicha circunstancia hubiera sido alegada por la parte recurrente y estuviera contemplada dentro de las causales legales de procedencia del recurso de anulación y (ii) ***un defecto sustantivo***, al haber efectuado una “*interpretación y aplicación contraevidente*” de las normas sustanciales relativas a los elementos esenciales del contrato de arbitraje, luego de concluir que la estipulación contractual a la cual las partes dieron el nombre de “*cláusula compromisoria*” carecía de “*absoluta claridad, precisión o determinación concreta y específica*” respecto de los asuntos que serían sometidos a la decisión del Tribunal de Arbitramento y en razón de ello, era inexistente.

En lo relativo al alegado defecto orgánico, la entidad reclamante recordó que, conforme a la jurisprudencia constitucional, la competencia del juez que conoce del recurso de anulación establecido en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 *“se encuentra limitada y circunscrita exclusivamente a las causales invocadas por la parte recurrente, motivo por el cual dicha revisión de los presupuestos formales del laudo arbitral no se puede convertir, en manera alguna, en una segunda instancia que examine integralmente la decisión de fondo que ha sido proferida por el Tribunal de Arbitramento.”*

La entidad accionante señaló que la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, al momento de presentar el recurso de anulación contra el laudo del diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010), se limitó a cuestionar dicho acto jurisdiccional respecto de algunos errores *in procedendo*, pero nunca cuestionó la validez ni la existencia del pacto que presuntamente habilitaba a los árbitros para dirimir dicha controversia.

Asegura que la autoridad judicial accionada, en virtud del principio dispositivo que gobierna al recurso de anulación, tenía limitado el ámbito de su competencia a los reproches endilgados por la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, sin que pudiera pronunciarse, en modo alguno, sobre sí la cláusula compromisoria reunía la totalidad de los requisitos para su existencia jurídica.

Explicó que, aun cuando el Consejo de Estado ha admitido el rompimiento del mencionado principio dispositivo en algunas situaciones, específicamente *“(i) cuando exista nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita y (ii) en los casos de nulidad por obtención de la prueba con violación al derecho fundamental al debido proceso”*, la declaratoria de inexistencia de la cláusula que se decretó oficiosamente en la sentencia cuestionada por vía de tutela no se enmarca dentro de tales excepciones.

En lo atinente al defecto sustantivo, la entidad actora indicó que la Sección Tercera del Consejo de Estado realizó una *“interpretación y aplicación indebida”* de los artículos 118 y 119 del Decreto 1818 de 1998, que consagran la definición de cláusula compromisoria, al haberle dado al concepto y elementos esenciales de dicha institución un alcance que no corresponde con lo allí establecido. En efecto, la Unión Temporal MAVIG-DEPROCON afirmó que la entidad accionada, al haber concluido que la cláusula vigésima cuarta del acuerdo fuente de la controversia, era inexistente por carecer de objeto, por considerar que no contenía la decisión clara, inequívoca y vinculante de someter las diferencias que surgieran entre los contratantes al juzgamiento de un Tribunal de Arbitramento, desconoció *“criterios hermenéuticos mínimos y elementales”* contenidos en la legislación civil. Específicamente, la parte accionante aseveró que la Sección Tercera del Consejo de Estado ignoró los principios de conservación del negocio jurídico (Art. 1618 C.C.), efecto útil de las disposiciones contractuales (Art. 1620

C.C.) y prevalencia de la intención de las partes (Art. 1618 C.C.), al manifestar que la mencionada estipulación no reunía los elementos esenciales para tenerse como cláusula compromisoria no obstante que, en su criterio, la intención textual y circunstancial de sus suscriptores no dejaba duda alguna de que deseaban someter dicha disputa a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.

La Unión Temporal MAVIG-DEPROCON sostuvo, contrario a lo decidido mediante fallo del diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010), que la cláusula vigésima cuarta del contrato sí tenía perfectamente delimitadas en su texto las controversias que las partes acordaron someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, sí tenía objeto, lo cual a su turno, indicaba que el pacto sí reunía la totalidad de los elementos esenciales requeridos para surgir a la vida jurídica.

En adición, la entidad accionante puso de presente que la conducta de las partes permitía inferir, sin dubitación alguna, que su real intención no era otra diferente a acudir al arbitraje para dirimir de manera definitiva y vinculante las diferencias que se presentaran alrededor del contrato de obra UEL-SED-04-131/00/03. En efecto, la actora comentó que la “comunicación S-158938” del ocho (8) de noviembre de dos mil seis (2006) y la “reunión de conciliación” del dieciséis (16) de noviembre de ese mismo año muestran contundentemente *“el entendimiento de la cláusula vigésima cuarta como una cláusula compromisoria.”*

2. Contestación de la entidad accionada

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dio respuesta a la solicitud de amparo de la referencia, manifestando que aquella no comportaba una violación al derecho fundamental al debido proceso de la Unión Temporal MAVIG-DEPROCON, toda vez que dicha providencia fue dictada *“no solo con base en el material probatorio allegado al proceso, sino también con estricto apego a la regulación normativa de la cláusula compromisoria.”*

3. Intervenciones de terceros

3.1 Secretarías de Educación y Gobierno Distrital de Bogotá

Vinculada oficiosamente por parte del juez de primera instancia, las Secretarías de Educación y Gobierno Distrital de Bogotá solicitaron que se declarara improcedente la solicitud de amparo de la referencia, por considerar que el fallo de la Sección Tercera del Consejo de Estado del diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010) constituye una *“decisión motivada de conformidad con el ordenamiento jurídico y según la valoración y consideración que efectuó el aludido despacho”*, la cual respeta cabalmente el derecho fundamental al debido proceso de la entidad reclamante.

3.2. Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias entre la Unión Temporal MAVIG-DEPROCON y el Fondo de Desarrollo Local de San Cristóbal de la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá

Vinculado oficiosamente en sede de revisión, el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias entre la Unión Temporal MAVIG-DEPROCON y el Fondo de Desarrollo Local de San Cristóbal de la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, a través de escrito presentado por Germán Alonso Gómez Burgos y Néstor Osuna Patiño, se pronunció sobre los hechos que motivaron la solicitud de tutela, manifestando que la decisión de los árbitros de asumir competencia y decidir en derecho las controversias surgidas con ocasión del contrato de obra UEL-SED-04-131/00/03 estaba legítimamente amparada *“en la propia habilitación, clara y expresa que las partes hicieron para que un Tribunal de justicia, distinto a su juez natural, decidiera de fondo un asunto de naturaleza contractual.”*

En efecto, los miembros del Tribunal de Arbitramento aseveraron que la estipulación contractual a la cual los contratantes dieron el nombre de *“cláusula compromisoria”* manifestaba con claridad la voluntad de las partes de solucionar sus diferencias a través del arbitramento, al establecer en su texto que en el evento en que las partes no pudieran solucionarlas a través de mecanismos de negociación directa *“acudirán de mutuo acuerdo al arbitramento de conformidad con lo establecido en las normas vigentes.”*

4. Decisiones judiciales objeto de revisión

4.1. Sentencia de primera instancia

En sentencia del diecinueve (19) de agosto de dos mil diez (2010), la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado *“rechazó por improcedente”* la solicitud de amparo de la referencia.

A juicio del *a quo*, la solicitud de amparo promovida por la Unión Temporal MAVIG-DEPROCON no cumplía con los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, ya que había sido promovida contra una decisión del Consejo de Estado, órgano máximo de la jurisdicción contencioso administrativa. En efecto, para el fallador de instancia, la procedencia de la acción de tutela contra actos jurisdiccionales está condicionada a que la decisión impugnada no haya sido proferida por un órgano de cierre de las diferentes jurisdicciones que integran la rama judicial del poder público, ya que de lo contrario, se atentaría contra principios de orden constitucional como la cosa juzgada, la seguridad jurídica y la independencia y autonomía judicial.

4.2. Impugnación del accionante

La entidad demandante, inconforme con la decisión del Sección Cuarta del Consejo de Estado, solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

En sentir del actor, el juez de primer grado, aun cuando citó abundante precedente jurisprudencial relacionado con la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, omitió realizar un análisis de fondo respecto de la cuestión sometida a su consideración. La Unión Temporal MAVIG-DEPROCON manifestó que el *a quo* nunca expresó cuál de los requisitos para la procedencia del amparo no se había cumplido, por lo cual concluyó que era imposible establecer cuáles fueron las razones que motivaron la determinación de declarar improcedente la solicitud de tutela de la referencia.

4.3. Sentencia de segunda instancia

La Sala Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia del dos (2) de diciembre de dos mil diez (2010), confirmó en su totalidad la sentencia de primer instancia, por considerar que la solicitud de amparo de la referencia no pretendía otra cosa que “*variar el sentido del fondo de la controversia dirimida en la providencia judicial.*” El *ad quem* precisó que las meras discrepancias interpretativas entre el peticionario y la autoridad judicial accionada no constituyen motivo suficiente para que el juez de tutela aborde materias “*adscritas legalmente al conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo*”, por lo cual la solicitud de amparo estaba desde el inicio destinada a fracasar.

5. Pruebas

De los elementos probatorios obrantes en el expediente, la Sala destaca los siguientes:

1. Folios 18 a 38 del cuaderno de revisión, copia del fallo del diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010) de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del expediente 36.537.
2. Folios 39 a 54 del cuaderno de revisión, copia del Acta Núm. 9 del Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre la Unión Temporal MAVIG-DEPROCON y el Fondo de Desarrollo Local de San Cristóbal de la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, del doce (12) de octubre de dos mil siete (2007).
3. Folios 54 a 127, copia del laudo arbitral del dieciséis (16) de febrero de dos mil nueve (2009) del Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre la Unión Temporal MAVIG-DEPROCON y el Fondo de Desarrollo Local de San Cristóbal de la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala de Revisión es competente para revisar la presente decisión de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

2.1. La Unión Temporal MAVIG-DEPROCON considera que el fallo del diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010) de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante el cual se declaró la inexistencia jurídica del laudo del dieciséis (16) de febrero de dos mil nueve (2009), desconoció su derecho fundamental al debido proceso, ya que incurrió en un (i) ***defecto orgánico***, por haberse pronunciado sobre la existencia de la cláusula compromisoria contenida en el contrato de obra UEL-SED-04-131/00/03, sin que aquello hubiera sido alegado por la parte recurrente y estuviera contemplado dentro de las causales legales de procedencia del recurso de anulación y (ii) ***defecto sustantivo***, al haber concluido que la aludida estipulación contractual carecía de objeto y en razón de ello, no tenía la virtualidad para habilitar a los árbitros para resolver la controversia.

En lo relativo al alegado ***defecto orgánico***, la entidad reclamante explicó que, en virtud del principio dispositivo que gobierna el recurso de anulación, la competencia del juez que conoce de él está ineludiblemente circunscrita a las causales legales que hayan sido invocadas expresamente por la parte recurrente, sin que pueda pronunciarse sobre cualquier otro asunto.

De esa manera, la entidad accionante asevera que, en la medida que la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá nunca cuestionó la validez ni la existencia de la cláusula compromisoria contenida en la estipulación vigésima cuarta dentro del trámite del recurso de anulación, la Sección Tercera del Consejo de Estado carecía absolutamente de competencia para pronunciarse sobre tales materias y mucho menos, para tenerla por inexistente.

En lo atinente al ***defecto sustantivo***, la peticionaria manifestó que la Sección Tercera del Consejo de Estado realizó una interpretación manifiestamente equivocada de los artículos 118 y 119 del Decreto 1818 de 1998, al haber considerado que la expresión de la voluntad consignada en la estipulación vigésima cuarta del contrato de obra UEL-SED-04-131/00/03 carecía de la eficacia suficiente para habilitar a los árbitros para dirimir la controversia. La Unión Temporal MAVIG-DEPROCON señaló que la autoridad judicial accionada, al haberse limitado a desentrañar la intención de los contratantes a

partir del texto del pacto, realizó una aplicación de la ley sustancial “*desprovista de cualquier mínimo de racionalidad jurídica*”.

2.2. La entidad actora arguyó que la cláusula compromisoria sí tenía objeto y por ende, sí reunía la totalidad de los elementos esenciales requeridos para reputarse como existente, toda vez que sí tenía perfectamente delimitadas las materias que las partes habían acordado someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento. En efecto, la Unión Temporal MAVIG-DEPROCON indicó que el texto de la estipulación vigésima cuarta era lo suficientemente claro en indicar que la materia arbitrable estaba constituida por las controversias que se generaran con ocasión del contrato de obra UEL-SED-04-131/00/03 y que, en todo caso, la conducta de las partes no dejaba duda de que habían acordado acudir al arbitraje como mecanismo para dirimir las diferencias que se presentaran alrededor de aquel. La parte actora comentó que diversos elementos probatorios, tales como la “comunicación S-158938” del ocho (8) de noviembre de dos mil seis (2006) y la “reunión de conciliación” del dieciséis (16) de noviembre de ese mismo año, apuntaban a la existencia de una decisión clara e inequívoca de someter las diferencias que entre ellas se presentaran a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.

2.3. Acorde con las condiciones antedichas, la Corte examinará si la decisión de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante la cual se declaró oficiosamente la “inexistencia jurídica” de la cláusula compromisoria contenida en el contrato de obra UEL-SED-04-131/00/03, incurrió en (i) un *defecto orgánico*, al pronunciarse sobre dicha circunstancia, a pesar de que no está contemplada como causal de procedencia del recurso de anulación y no fue objeto del debate procesal y (ii) un *defecto sustantivo*, por haber manifestado que el mencionado pacto carecía de objeto al no contener la decisión clara e inequívoca de las partes de someterse a un Tribunal de Arbitramento, y en esa medida, no había surgido a la vida jurídica.

2.4. Para resolver los anteriores interrogantes, la Corte reiterará su jurisprudencia respecto a (i) el pacto arbitral como manifestación del principio de voluntariedad del arbitramento, (ii) los requisitos *generales y específicos* de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, (iii) el defecto orgánico y (iv) el defecto sustantivo. Posteriormente procederá al análisis del caso concreto.

3. El pacto arbitral como manifestación del principio de voluntariedad del arbitramento

El arbitramento es un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos en virtud del cual las partes involucradas en una controversia de carácter transigible acuerdan delegar su solución a particulares, quienes quedan

transitoriamente investidos de la facultad de administrar justicia y cuya decisión es obligatoria, definitiva y tiene efectos de cosa juzgada.¹

Esta figura fue reconocida expresamente por el Constituyente de 1991 en el artículo 116 de la Carta Política, el cual establece que “*los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.*”

La jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que el arbitramento es un mecanismo propicio para garantizar la efectividad de principios y valores constitucionales como la eficacia, celeridad y efectividad de la justicia, ya que favorece la participación activa de los particulares en la solución de sus propios conflictos.²

De la anterior definición, salta a la luz que la fuente de las funciones jurisdiccionales de los árbitros no es un acto del Estado, sino un contrato o acuerdo de voluntades entre las partes en disputa, en virtud del cual desean derogar – para el asunto particular – la jurisdicción estatal como sede para dirimir la controversia.³ Así, esta Corporación ha señalado que el arbitramento se rige por el principio de voluntariedad o habilitación, el cual establece como requisito *sine qua non* para su procedencia, que las partes hayan manifestado previa y libremente su intención de deferir a un grupo de particulares la solución de sus diferencias.⁴ Para la Corte, la celebración de dicho negocio supone no solamente la decisión de someter una determinada controversia a consideración de un grupo de particulares, en los cuales depositan su confianza de que la decisión que adopten – cualquiera que ella sea – se ajuste al orden constitucional y legal; sino también la obligación de acatarla plenamente⁵.

La determinación de habilitar a los árbitros para poner fin a una determinada disputa se materializa a través de un negocio jurídico de derecho privado denominado pacto arbitral, el cual, según la normativa vigente, puede tomar las formas de cláusula compromisoria o compromiso⁶. Aquel puede abarcar una controversia determinada o referirse de manera general a todos los conflictos de naturaleza transigible que puedan surgir de una relación jurídica.⁷

La *cláusula compromisoria* es el pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las

¹ Corte Constitucional: Sentencias C-242 de 1997, C-163 de 1999, C-098 de 2001, T-136 de 2003, C-662 de 2004, SU-174 de 2007, T-058 de 2009, entre otras.

² Corte Constitucional: Sentencia SU-174 de 2007.

³ Corte Constitucional: Sentencia T-466 de 2011.

⁴ Corte Constitucional: Sentencia T-443 de 2008.

⁵ Corte Constitucional: Sentencia T-408 de 2010.

⁶ Decreto 1818 de 1998.

⁷ Corte Constitucional: Sentencia SU-174 de 2007.

eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral. Entretanto, el *compromiso* es un negocio jurídico por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un Tribunal de Arbitramento.⁸

A pesar de que la voluntad en el pacto arbitral consiste simplemente en la decisión clara e inequívoca de someter una determinada controversia a la decisión de un grupo de árbitros, los artículos 116 y 117 del Decreto 1818 de 1998 exigen su carácter documental como solemnidad sustancial para que se repute legalmente perfecto.

Asimismo, es pertinente resaltar que en materia de contratación administrativa, el artículo 70 de la Ley 80 de 1993 establece la posibilidad de que en los contratos estatales se incluyan cláusulas compromisorias *“a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.”*

Una consecuencia trascendental del principio de voluntariedad del arbitramento es el carácter transitorio y limitado de las funciones jurisdiccionales conferidas a los árbitros. En efecto, la competencia de los árbitros está estrictamente limitada a la materia que las partes hayan acordado someter a decisión del Tribunal de Arbitramento. De ese modo, una vez se resuelve la controversia, los árbitros pierden sus facultades para impartir justicia, ya que desaparece la razón de ser de su habilitación.⁹

Adicionalmente, esta Corporación ha señalado que el pacto arbitral, en tanto negocio jurídico, puede encontrarse viciado de nulidad cuando quiera que la voluntad de las partes esté distorsionada o gravemente comprometida. No obstante, la consecuencia derivada de tal circunstancia es aún más trascendental que aquella originada en la nulidad de cualquier otro acto o declaración de voluntad. En efecto, los vicios del consentimiento de los suscriptores de un pacto arbitral no solo afectan la validez de dicho negocio jurídico, sino que comprometen adicionalmente la legitimidad de cualquier decisión que los árbitros adopten en virtud de él.¹⁰ Es por ello que para la jurisprudencia constitucional es indispensable que el pacto arbitral resulte de la voluntad libre y autónoma de las partes de someter sus diferencias a la decisión de particulares, y no de la imposición de la parte más fuerte en la relación negocial.¹¹ En adición, el pacto debe ser sumamente claro e inequívoco de la intención de los contratantes de deferir sus conflictos a la decisión de la justicia arbitral.¹²

⁸ Artículos 117 y 118 del Decreto 1818 de 1998.

⁹ Corte Constitucional: Sentencia SU-174 de 2007.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Corte Constitucional: Sentencia C-1140 de 2000.

¹² Corte Constitucional: Sentencia SU-174 de 2007.

4. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia

La Corte Constitucional, partiendo de lo consagrado en el artículo 86 de la Carta Política, el artículo 25 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José) y el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha desarrollado una uniforme y reiterada jurisprudencia respecto de la procedencia excepcional de la acción de tutela frente a providencias judiciales.

En efecto, este Tribunal ha señalado de vieja data que los funcionarios judiciales son autoridades públicas en el lenguaje del artículo 86 Superior y en consecuencia, pueden ser demandados mediante la acción de tutela cuando sus decisiones desconozcan los derechos fundamentales de las personas. Así lo sostuvo por primera vez en la sentencia C-543 de 1993, donde manifestó:

*“Ahora bien, de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones **de hecho** imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual si está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8° del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.”*¹³

De esta manera, aquellas hipótesis en donde las autoridades judiciales profieren determinaciones carentes de cualquier mínimo de razonabilidad jurídica y son fruto de un actuar caprichoso y arbitrario fueron denominadas en una primera etapa de la jurisprudencia constitucional como “vías de hecho”. A partir de lo anterior, la Corte categorizó los distintos supuestos de

¹³ Corte Constitucional: Sentencia C-543 de 1992.

hecho de tal fenómeno, agrupándolos en los denominados *defectos* (i) sustantivo; (ii) probatorio o fáctico; (iii) orgánico y (iv) procedimental.¹⁴

Mucho después, consciente de que no sólo las decisiones abiertamente trasgresoras del ordenamiento jurídico podían llegar a comprometer los derechos fundamentales de los asociados, la Corte redefinió y precisó la terminología empleada para referirse a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Dicho cambio jurisprudencial ocurrió a través de las sentencias T-949 de 2003 y C-590 de 2005, en donde se dijo:

“Esta Corte en sentencias recientes ha redefinido dogmáticamente el concepto de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Esta redefinición ha operado a partir del poder de irradiación del principio de eficacia de los derechos fundamentales (art. 2 C.P.) y de una interpretación sistemática de diversas disposiciones de la Constitución (arts. 1, 2, 13, 86, 228 y 230 C.P.).

En esta tarea se ha reemplazado el uso conceptual de la expresión “vía de hecho” por la de “causales genéricas de procedibilidad”. Lo anterior ha sido inducido por la urgencia de una comprensión diferente del procedimiento de tutela con tal de que permita “armonizar la necesidad de proteger los intereses constitucionales que involucran la autonomía de la actividad jurisdiccional y la seguridad jurídica, sin que estos valores puedan desbordar su ámbito de irradiación y cerrar las puertas a la necesidad de proteger los derechos fundamentales que pueden verse afectados eventualmente con ocasión de la actividad jurisdiccional del Estado.”¹⁵

En aquella ocasión, la Corte denominó **criterios generales** de procedibilidad aquellos requisitos de carácter procedimental relativos a las condiciones de tiempo y modo en que se ejerce la acción de tutela, con el fin de garantizar que no exista abuso en el uso de aquella, máxime si se tiene en cuenta que los procesos judiciales cuentan – en principio – con mecanismos aptos y suficientes para remediar cualquier vulneración al derecho al debido proceso.¹⁶ No obstante la naturaleza informal y sumaria de la tutela, esta Corporación ha estimado necesario exigir estos requisitos toda vez *“en estos casos la acción se interpone contra una decisión judicial que es fruto de un debate procesal y que en principio, por su naturaleza y origen, debe entenderse ajustada a la Constitución.”¹⁷* Los criterios generales de

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-001 de 1992, T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-329 de 1996, T-483 de 1997, T-008 de 1998, T-567 de 1998, T-458 de 1998, SU-047 de 1999, T-1031 de 2001, SU-014 de 2001, SU-1184 de 2001, SU-1185 de 2001, SU-1299 de 2001, SU-159 de 2002, SU-058 de 2003, T-108 de 2003, T-088 de 2003, T-116 de 2003, T-201 de 2003, T-382 de 2003, T-441 de 2003, T-598 de 2003, T-420 de 2003, T-441 de 2003, T-462 de 2003, T-677 de 2003, T-678 de 2003, T-949 de 2003, T-200 de 2004, T-606 de 2004, T-774 de 2004, T-453 de 2005, T-091 de 2006, SU-540 de 2007, T-793 de 2007, SU-813 de 2007, T-1033 de 2007, SU-038 de 2008, T-1240 de 2008, T-202 de 2009, T-555 de 2009, T-310 de 2009, T-459 de 2009, T-033, T-268 y T-328 de 2010 entre muchas otras.

¹⁵ Corte Constitucional: Sentencia T-943 de 2003.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-813 de 2007.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005.

procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales han sido descritos por la jurisprudencia de esta Corte de la siguiente manera:

“(i) Se requiere, en primer lugar, que la cuestión discutida resulte de evidente relevancia constitucional y que, como en cualquier acción de tutela, esté acreditada la vulneración de un derecho fundamental, requisito sine qua non de esta acción de tutela que, en estos casos, exige una carga especial al actor; (ii) que la persona afectada haya agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial a su alcance y haya alegado, en sede judicial ordinaria, y siempre que ello fuera posible, la cuestión iusfundamental que alega en sede de tutela; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; (iv) en el caso de irregularidades procesales, se requiere que éstas tengan un efecto decisivo en la decisión de fondo que se impugna; y (v) que no se trate de sentencias de tutela.”¹⁸

Por otro lado, los denominados criterios **específicos** o **defectos** hacen alusión a los yerros del acto jurisdiccional censurado, los cuales deben observarse de manera notoria y evidente en la decisión bajo examen y tener una magnitud tal que vulneren los derechos fundamentales del peticionario.¹⁹ La Corte los ha descrito de la siguiente manera:

“i) Defecto sustantivo, orgánico o procedimental: La acción de tutela procede, cuando puede probarse que una decisión judicial desconoce normas de rango legal, ya sea por aplicación indebida, error grave en su interpretación, desconocimiento de sentencias con efectos erga omnes, o cuando se actúa por fuera del procedimiento establecido.”²⁰

ii) Defecto fáctico: Cuando en el curso de un proceso se omite la práctica o decreto de pruebas o estas no son valoradas debidamente, con lo cual variaría drásticamente el sentido del fallo proferido.”²¹

iii) Error inducido o por consecuencia: En la cual, si bien el defecto no es atribuible al funcionario judicial, este actuó equivocadamente como consecuencia de la actividad inconstitucional de un órgano estatal generalmente vinculado a la estructura de la administración de justicia.”²²

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-1341 de 2008.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-1240 de 2008.

²⁰ Sobre defecto sustantivo pueden consultarse las sentencias T-784 de 2000, T-1334 de 2001, SU.159 de 2002, T-405 de 2002, T-408 de 2002, T-546 de 2002, T-868 de 2002, T-901 de 2002, entre otras (cita original de la jurisprudencia trascrita).

²¹ Sobre defecto fáctico, pueden consultarse las siguientes sentencias: T-260 de 1999, T-488 de 1999, T-814 de 1999, T-408 de 2002, T-550 de 2002, T-054 de 2003 (cita original de la jurisprudencia trascrita).

²² Al respecto, véase, Corte Constitucional: Sentencias SU-014, T-407, T-759 y T-1180 de 2001, T-349, T-705 y T-852 de 2002 (cita original de la jurisprudencia trascrita).

iv) *Decisión sin motivación:* Cuando la autoridad judicial profiere su decisión sin sustento argumentativo o los motivos para dictar la sentencia no son relevantes en el caso concreto, de suerte que puede predicarse que la decisión no tiene fundamentos jurídicos o fácticos.²³

v) *Desconocimiento del precedente:* En aquellos casos en los cuales la autoridad judicial se aparta de los precedentes jurisprudenciales, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, de forma tal que la decisión tomada variaría, si hubiera atendido a la jurisprudencia.

vi) *Vulneración directa de la Constitución:* Cuando una decisión judicial desconoce el contenido de los derechos fundamentales de alguna de las partes, realiza interpretaciones inconstitucionales o no utiliza la excepción de inconstitucionalidad ante vulneraciones protuberantes de la Carta, siempre y cuando haya sido presentada solicitud expresa al respecto²⁴. ”²⁵

Así las cosas, ante la concurrencia de la totalidad de las causales genéricas de procedibilidad y la estructuración de cualquiera de los criterios específicos, se configura una “*actuación defectuosa*” que hace procedente la acción de tutela²⁶.

5. Defecto orgánico como criterio específico de procedencia

De acuerdo a la jurisprudencia constitucional, se está en presencia de un defecto orgánico cuando la autoridad que dictó la providencia censurada carecía *absolutamente* de competencia para conocer del asunto.²⁷ El defecto orgánico es de naturaleza (i) funcional, cuando los jueces exceden de manera manifiesta el ámbito de la competencias conferidas por la Constitución y la ley y (ii) temporal, cuando la autoridad judicial, si bien gozaba de atribuciones suficientes para realizar determinada conducta, lo hace por fuera de los espacios de tiempo establecidos para ello. Así lo dijo esta Corporación en la sentencia T-929 de 2008 al señalar que:

“la extralimitación de la esfera de competencia atribuida a un juez quebranta el debido proceso y, entre otros supuestos, se produce cuando “los jueces desconocen su competencia o asumen una que no les corresponde” y también cuando adelantan alguna actuación o emiten

²³ Sobre defecto sustantivo, pueden consultarse las sentencias: T-260 de 1999, T-814 de 1999, T-784 de 2000, T-1334 de 2001, SU-159 de 2002, T-405 de 2002, T-408 de 2002, T-546 de 2002, T-868 de 2002, T-901 de 2002 (cita original de la jurisprudencia transcrita).

²⁴ Corte Constitucional: Sentencias T-522 de 2001 y T-462 de 2003 (cita original de la jurisprudencia transcrita).

²⁵ Corte Constitucional: Sentencias T-939 de 2005, T-1240 de 2008 y T-218 de 2010, entre otras.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencias T-769 de 2008, T-592 de 2009, T-619 de 2009 y T-268 de 2010, entre muchas otras.

²⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-696 de 2010, T-965 de 2009, T-743 y T-929 de 2008, T-009 de 2007, T-1293 de 2005, entre otras.

pronunciamiento por fuera de los términos jurídicamente dispuestos para que se surtan determinadas actuaciones.”

Así las cosas, el desconocimiento de los límites temporales y funcionales de las competencias de los funcionarios judiciales conlleva la configuración de un defecto orgánico, y por ende, el desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso.

6. Defecto sustantivo como criterio específico de procedencia

La Constitución Política de 1991 contempla un complejo y extensivo reparto de competencias a los diversos órganos de la rama judicial del poder público y les reconoce un amplio margen de interpretación y aplicación del derecho a su cargo. No obstante lo anterior, esta Corporación ha recordado que dicha autonomía no es absoluta, ya que se encuentra limitada por el sometimiento de los jueces al imperio del Estado de Derecho²⁸.

Así las cosas, el defecto sustantivo como criterio específico de procedencia de la acción de tutela pretende conjurar aquellos eventos en los cuales, bajo el pretexto del ejercicio de la autonomía judicial, las autoridades accionadas desconocen los derechos fundamentales de las personas en la aplicación o interpretación de la normativa relevante para dirimir la controversia. Según la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, el defecto sustantivo se configura cuando:

- (i) los jueces fundamentan su decisión en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, y en razón de ello desconocen de manera directa un derecho fundamental;²⁹
- (ii) la providencia judicial carece de motivación material o su motivación es manifiestamente irrazonable;³⁰
- (iii) la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos *erga omnes* que han definido su alcance³¹;
- (iv) la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática³²
- (v) la norma aplicable al caso concreto es desatendida y por ende inaplicada.³³

Ahora bien, es pertinente enfatizar que, en materia de interpretación jurídica, la mera divergencia de criterio con la decisión judicial cuestionada no configura un defecto sustantivo.³⁴ En palabras de este Tribunal:

²⁸ Corte Constitucional: Sentencias T-033, T-328 y T-709 de 2010, entre otras.

²⁹ Corte Constitucional: Sentencia SU-174 de 2007.

³⁰ Corte Constitucional: Sentencia T-244 de 2007.

³¹ Corte Constitucional: Sentencia T-790 de 2010.

³² Corte Constitucional: Sentencia T-790 de 2010.

³³ Corte Constitucional: Sentencia T-058 de 2009.

³⁴ Corte Constitucional: Sentencia T-1222 de 2005.

“las posibles diferencias de interpretación, sustentadas en un principio de razón suficiente, no pueden ser calificadas como vías de hecho pues, en realidad -lo ha dicho este Tribunal-, la eventual disparidad de criterios sobre un mismo asunto no implica por ella misma un desconocimiento grosero de la juridicidad, sino una consecuencia humana del ejercicio del derecho.”³⁵

En ese sentido, solo aquellas rupturas flagrantes, ostensibles y graves de la normativa constitucional o legal aplicable resultan en un yerro de esta naturaleza. Así las cosas, siempre y cuando se apliquen las disposiciones pertinentes con un sentido mínimo de razonabilidad y coherencia, el acto jurisdiccional bajo escrutinio permanecerá incólume.³⁶

7. Análisis del caso concreto

7.1. Causales genéricas de procedibilidad

7.1.1. Relevancia constitucional de las cuestiones discutidas

La entidad actora afirma que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el fallo del diecisiete (17) de marzo del dos mil diez (2010), desconoció su derecho al debido proceso, al haber declarado la inexistencia jurídica de la cláusula compromisoria contenida en el contrato de obra UEL-SED-04-131/00/03, por considerar que dicho pacto carecía de objeto, toda vez que no consignaba la intención libre e inequívoca de sus suscriptores de someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, no obstante que, a juicio de la reclamante, tal manifestación de la voluntad sí está claramente reflejada en la mencionada estipulación y dicha circunstancia no fue alegada por la parte recurrente, ni se encuentra contemplada dentro de las causales de procedencia del recurso de anulación.

La Sala considera que la presente disputa es de relevancia constitucional ya que, además de versar sobre cuestiones de contenido patrimonial, involucra la posible vulneración de los derechos al debido proceso, acceso efectivo a la administración de justicia y prevalencia del derecho sustancial dentro de un proceso en el cual la entidad demandante afirma que las autoridades judiciales accionadas incurrieron en desvíos absolutamente caprichosos y arbitrarios, frente a los cuales agotó oportunamente todos los mecanismos judiciales para su defensa.

7.1.2. Agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial

³⁵ Corte Constitucional: Sentencias T-777 de 2008 y SU-1185 de 2001, entre otras.

³⁶ Corte Constitucional: Sentencias T-1001 de 2001, T-295 y T-1222 de 2005 y T-757 de 2009, entre otras.

En el asunto que se analiza se observa que el fallo proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado es una decisión dictada por el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa.

Si bien contra dicha providencia no es posible interponer recurso de apelación, la Sala constata que, según lo dispuesto en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, las sentencias ejecutoriadas por dicha jurisdicción son susceptibles del recurso extraordinario de revisión.

De acuerdo con el artículo 188 de la referida codificación, son causales de revisión:

- Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.
- Haberse recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales hubiera podido proferir una decisión diferente, y que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
- Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho a reclamar.
- No reunir la persona en cuyo favor se decretó una pensión periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria, o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia, o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.
- Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.
- Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.
- Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.
- Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituye cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.

Para la Sala, ninguno de los supuestos de hecho que hacen procedente el recurso de revisión se presentan en el caso bajo examen, toda vez que lo que la Unión Temporal MAVIG-DEPROCON discute es la interpretación de las normas sustantivas relevantes a la disputa y la competencia de la autoridad judicial para pronunciarse sobre un asunto que no fue debatido por las partes durante el trámite de dicho recurso. Como bien se observa, tales cuestiones no se enmarcan dentro de ninguna de las causales de procedencia del recurso de anulación.

En ese sentido, es necesario concluir que la entidad peticionaria no cuenta con otros mecanismos diferentes a la acción de tutela para hacer valer las referidas

circunstancias. Por consiguiente, la Sala encuentra cumplido el requisito del *agotamiento de los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial*.

7.1.3. Cumplimiento del requisito de la *inmediatez*.

La Unión Temporal MAVIG-DEPROCON interpuso la acción de tutela de la referencia el ocho (8) de julio de dos mil diez (2010), es decir, aproximadamente cuatro (4) meses después de emitido el fallo del diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010) que acusa de ser vulneratorio de sus derechos fundamentales. Para la Sala, debido a la complejidad técnica del asunto, el término transcurrido se considera razonable y proporcionado, y en esa medida, no afecta ni pone en riesgo el principio de la seguridad jurídica. Así las cosas, la presente solicitud de amparo cumple con el requisito de la *inmediatez*.

7.1.4. No se trata de sentencia de tutela

La presente acción de tutela no se dirige contra una providencia judicial de tal naturaleza, sino contra el fallo proferido por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que desató el recurso de anulación presentado contra el laudo arbitral del dieciséis (16) de febrero de dos mil nueve (2009).

7.1.5. Las irregularidades alegadas tienen incidencia directa y decisiva en la providencia que se acusa de vulnerar los derechos fundamentales

El actor señala que la autoridad judicial accionada incurrió en protuberantes defectos orgánicos y sustantivos, al haber declarado la inexistencia jurídica de la cláusula compromisoria contenida en el contrato de obra UEL SED 04-131/00/03 bajo el argumento de que aquella carecía de objeto, aún a pesar de que dicha circunstancia nunca fue alegada por ninguna de las partes a lo largo del trámite arbitral y el recurso de anulación.

Agrega que si el Consejo de Estado hubiera respetado el principio dispositivo que gobierna dicho mecanismo de defensa, no hubiera tenido por qué pronunciarse sobre la existencia de la cláusula compromisoria y así, no hubiera podido dejar sin efectos el acto jurisdiccional proferido por el Tribunal de Arbitramento que resultó favorable a sus intereses. Igualmente, asevera que si la autoridad judicial accionada hubiera interpretado de manera adecuada las disposiciones sustanciales relativas a la cláusula compromisoria (Artículos 111 y 112 del Decreto 1818 de 1998) hubiera llegado a la conclusión de que aquella sí existía y en consecuencia, el laudo arbitral dictado en virtud de ella sí había surgido a la vida jurídica para resolver las controversias originadas entre las partes.

Como se advierte, los vicios reprochados tienen una relevancia medular en el sentido de la decisión que se acusa, toda vez que concierne a las garantías

propias del debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política.

7.2. Examen del presunto defecto orgánico

7.2.1. La Sala examinará si la autoridad judicial accionada incurrió, a la luz del recuento jurisprudencial antes efectuado, en un defecto orgánico, al haber declarado la “inexistencia jurídica” de la cláusula compromisoria que habilitó a los árbitros para proferir el laudo del dieciséis (16) de febrero de dos mil nueve (2009), sin que dicha circunstancia hubiera sido alegada por la parte recurrente y estuviera contemplada como causal de procedencia de dicho mecanismo de defensa.

La Unión Temporal MAVIG-DEPROCON aseguró que, en razón a los principios de voluntariedad y estabilidad jurídica de los laudos arbitrales, el recurso de anulación es un instrumento que pretende única y exclusivamente conjurar los errores procedimentales en que hayan podido incurrir los árbitros al proferir su decisión, sin que aquel pueda servir de medio para revisar integralmente todos los asuntos de la controversia. Explicó que el recurso de anulación se rige por el principio dispositivo, el cual circunscribe la competencia del juez a las causales legales que hayan sido invocadas expresamente por la parte recurrente y lo imposibilita para pronunciarse sobre cualquier otra circunstancia.

De esa forma, asegura que en la medida que la existencia de la cláusula nunca fue materia de discusión entre las partes durante el trámite del recurso de anulación, la Sección Tercera del Consejo de Estado carecía absolutamente de competencia para declararla inexistente.

7.2.2. La jurisprudencia constitucional ha manifestado de forma uniforme y reiterada que el arbitramento constituye una derogación específica, excepcional y transitoria de la administración de justicia estatal, derivada de la expresa e inequívoca voluntad de las partes.

La naturaleza voluntaria del arbitraje implica no solamente que será un grupo de árbitros – y no los jueces de la República - los que tengan competencia para conocer de la controversia, sino que le confiere a la decisión que ellos adopten un carácter *prima facie* obligatorio, definitivo y que hace tránsito a cosa juzgada.³⁷ En efecto, un rasgo esencial del principio de voluntariedad del arbitramento es que las partes de una disputa, por motivos de confianza y conveniencia, entienden que la decisión arbitral – independientemente de su sentido – será la más adecuada.³⁸

En razón de lo anterior, los recursos consagrados en el ordenamiento jurídico para controvertirlos no buscan cuestionar el fondo del laudo arbitral, sino que

³⁷ Corte Constitucional: Sentencia T-466 de 2011.

³⁸ *Ibíd.*

se limitan estrictamente a conjurar errores *in procedendo* específicamente definidos, excluyéndose así la posibilidad de efectuar una revisión *in integrum*³⁹. Así lo sostuvo esta Corporación en la sentencia SU-174 de 2007, donde reiteró el carácter esencialmente dispositivo y restringido del recurso de anulación, al manifestar que:

“En este orden, en el ámbito arbitral no existe un recurso de apelación que permita acudir a la justicia estatal en segunda instancia. El ejercicio del recurso de anulación no desencadena como tal una segunda instancia, puesto que –como se dijo– sus causales son restringidas, y las competencias de los jueces que conocen de ellos no son plenas, a diferencia de lo que sucede con los jueces de apelación, cuya única restricción es la de no violar la prohibición de reformatio in pejus. Por el contrario, los jueces de anulación deben restringir su estudio a las causales específicamente invocadas por los recurrentes, dentro del marco restrictivo fijado por el legislador.” (Subrayado fuera de texto)

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha avalado diversas hipótesis en las cuales el Consejo de Estado – juez competente para conocer del recurso de anulación promovido contra laudos arbitrales en donde es parte una entidad pública – se ha pronunciado *ex officio* respecto de circunstancias no alegadas por la parte recurrente, ni contempladas legalmente como causales de anulación. En tales oportunidades, esta Corporación ha manifestado que el rompimiento del denominado principio dispositivo y del carácter taxativo del recurso de anulación se justifica por la necesidad de respetar disposiciones de carácter imperativo y el imperativo de salvaguardar el orden público. En palabras de la Corte:

“La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al conocer de los recursos de anulación interpuestos contra laudos nacionales referentes a controversias derivadas de contratos administrativos, ha señalado que si bien la nulidad absoluta del pacto arbitral no fue incluida por el legislador como una de las causales de anulación que puedan alegar los recurrentes contra este tipo de laudos (Art. 230 del Decreto 1818 de 1998), esto no obsta para que de oficio, el juez del recurso (en este caso, la Sección Tercera) esté obligado a declarar la nulidad del pacto arbitral, en el evento que constate la ocurrencia de cualquiera de las causales de nulidad absoluta del mismo, y se cumpla con los requisitos previstos en el inciso 3 del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, referentes a que la causal de nulidad absoluta esté plenamente demostrada en el proceso y que en éste hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes. (...)

De otro lado, respecto de la causal de anulación relativa a “haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el

³⁹ Corte Constitucional: Sentencia SU-174 de 2007.

proceso arbitral o su prórroga” (Art. 163, num. 5 del Decreto 1818 de 1998), no prevista expresamente por el legislador frente a los laudos nacionales referentes a controversias derivadas de contratos administrativos (Art. 230, del Decreto 1818 de 1998), se debe señalar que existen providencias de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en las que ha interpretado que la circunstancia de hecho prevista en la referida causal de anulación, implica que el Tribunal de Arbitramento actuó sin competencia (Art. 167, num. 5 del Decreto 1818 de 1998). Por tal razón, la Sección Tercera ha reconocido que dicha circunstancia de hecho puede ser alegada mediante la causal referente a que el laudo recayó sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros (Art. 230, num. 4 del Decreto 1818 de 1998), dado que esta última causal de anulación ha sido interpretada por la Sección Tercera en el sentido de que involucra tanto los asuntos que las partes dispusieron no someter al conocimiento de los árbitros, como aquellos que la ley previó excluir de su conocimiento (como serían en este caso, los asuntos respecto de los cuales ya venció el término previsto para que se pronunciara el Tribunal de Arbitramento).”⁴⁰

En adición, la Corte Constitucional ha considerado viable alegar la nulidad del laudo arbitral por la obtención de la prueba con violación del debido proceso, conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política.⁴¹

Así las cosas, la Sala observa que la competencia del juez que conoce del recurso de anulación comprende las causales taxativamente establecidas en la legislación vigente; así como también aquellas violaciones a disposiciones legales de carácter imperativo como la nulidad absoluta del pacto arbitral y la falta de competencia temporal de los árbitros. Asimismo, el juez de anulación puede pronunciarse sobre circunstancias que impliquen violación de derechos fundamentales, tales como la obtención de una prueba ilícita.

7.2.3. Revisando las pruebas obrantes en el expediente, la Sala observa en primer lugar que, en efecto, la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá no alegó como causal para solicitar la anulación del laudo la supuesta “*inexistencia jurídica*” de la cláusula compromisoria contenida en el contrato de obra UEL-SED-04-131/00/03.

Por el contrario, se observa que la parte recurrente invocó las causales séptima y octava, con fundamento en las siguientes razones:

- “*Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento*” (Causal séptima del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998): Sobre el particular, señaló que

⁴⁰ Ibíd.

⁴¹ Ibíd.

el laudo contenía disposiciones contradictorias en las resoluciones sexta y séptima, ya que mientras que la primera de las determinaciones establecía que la Secretaría de Educación no debía suma alguna por el rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato; la segunda de ellas “inexplicablemente” condenaba al pago de mil treinta y cuatro millones doscientos sesenta y nueve mil trescientos sesenta y ocho pesos (\$1.034.269.368).

- En adición, manifestó que los árbitros, con el fin de calcular el monto de la condena, tuvieron como utilidad proyectada por el contratista el 349.2975% y como costo real de la obra contratada tan solo \$414.873.532, lo cual resultaba “*abiertamente contrario a la realidad del contrato*”. Adicionalmente, la Secretaría de Educación de Bogotá manifestó que el panel de árbitros incurrió en un error aritmético al haber condenado al pago de intereses respecto de una suma de dinero que había sido previamente indexada.
-
- “*Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido*” (Causal octava del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998): Al respecto, aseveró que los árbitros obraron por fuera del marco de sus competencias al declarar la nulidad absoluta parcial del contrato, toda vez que, en razón al carácter intransigible de los actos administrativos, los Tribunales de Arbitramento no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los contratos estatales.

Adicionalmente, la Corte tampoco encuentra que la “*inexistencia jurídica*” de la cláusula compromisoria se enmarque dentro de las hipótesis de “*nulidad absoluta del pacto arbitral*”; “*falta de competencia temporal del Tribunal de Arbitramento*” o “*ilicitud de la prueba*” que la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa han reconocido como excepciones al principio dispositivo que gobierna al recurso de anulación.

Sin embargo, la Sala advierte que la inexistencia del pacto que el proveído censurado declaró alude en realidad a una circunstancia relativa a la habilitación del Tribunal de Arbitramento y que así, se constituye un presupuesto indispensable para la legitimidad del trámite y del laudo arbitral.

En efecto, no cabe duda que de constatarse que las partes involucradas en una determinada controversia no han suscrito pacto arbitral para sustraer de la justicia estatal sus conflictos de carácter transigible se podrían desconocer no solamente disposiciones de orden imperativo – como las relativas a las exigencias mínimas que la ley señala para el perfeccionamiento de los negocios jurídicos – sino que también se quebrantarían principios de orden constitucional como el del carácter voluntario del arbitramento. Ciertamente, de no existir habilitación para que un grupo de particulares puedan resolver

una determinada controversia, el laudo arbitral carecería de toda fuerza obligatoria y por ende, no podría producir efectos jurídicos.

En efecto, la eventual falta de consentimiento de un pacto arbitral desconocería el postulado básico contenido en el artículo 116 de la Carta Política según el cual la autoridad del juez arbitral emana de la concurrencia de voluntades de los contratantes tendiente a dirimir sus diferencias a través de dicho mecanismo alternativo de solución de disputas. Para la Corte en estos casos – al igual que como lo manifestó el Consejo de Estado en el fallo censurado – se estaría ante un evento de inexistencia del pacto arbitral por falta de consentimiento, el cual, de acuerdo a la legislación mercantil y a los principios generales de derecho común, es uno de los elementos esenciales de cualquier negocio jurídico (Arts. 1501 C.C. y 898 C.Co.).

Lo mismo ocurriría en aquellos supuestos en los cuales si bien las partes acuerdan someterse a la justicia arbitral, no determinan cuáles serán las controversias que desean que sean resueltas mediante tal vía. Allí se estaría ante una hipótesis de inexistencia por falta de objeto, ya que se desconocería cual fue la materia sometida a decisión de un Tribunal de Arbitramento.

A idéntica conclusión se llegaría en aquellos eventos en los cuales el pacto arbitral no se encuentre contenido en un documento, tal y como los artículos 118 y 119 del Decreto 1818 de 1998 así lo exigen. En tal caso, la estipulación contractual sería inexistente por faltar a las solemnidades *ab substantiam actus* que la normativa vigente impone como requisito para su perfeccionamiento.

Así las cosas, no cabe duda que cuestiones tales como la existencia de consentimiento, objeto o solemnidades sustanciales son asuntos respecto de los cuales el juez de anulación debe involucrarse incluso oficiosamente, toda vez que la verificación de tales requisitos no pretende otra cosa que asegurar el respeto, no solamente de las normas imperativas sustanciales que regulan al pacto arbitral como negocio jurídico, sino también los principios constitucionales que rigen al arbitramento.

7.2.4. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala no encuentra que el Consejo de Estado haya incurrido en un defecto orgánico al haber considerado que era competente para pronunciarse sobre la existencia de la cláusula compromisoria contenida en el contrato objeto de la controversia. La verificación de dicha circunstancia, a pesar de no estar contemplada expresamente como causal de procedencia del recurso de anulación, está ineludiblemente ligada a la habilitación que las partes han hecho a los árbitros para dirimir sus conflictos de carácter transigible, es decir, a la facultad excepcional que tienen aquellos para proferir el laudo arbitral.

7.3. Examen del presunto defecto sustantivo

7.3.1. La Unión Temporal MAVIG-DEPROCON acusa a la Sección Tercera del Consejo de Estado de haber incurrido en un defecto sustantivo, por haber realizado una interpretación “*manifiestamente defectuosa*” de los artículos 117 y 118 del Decreto 1818 de 1998 que definen el pacto arbitral y la cláusula compromisoria, al concluir que la estipulación vigésima cuarta del contrato objeto de debate era inexistente, toda vez que no contenía “*una decisión clara, inequívoca y vinculante de someter las diferencias que surjan entre los contratantes al juzgamiento de un Tribunal de Arbitramento*”.

La entidad peticionaria señaló que, conforme a la normativa vigente, la declaración de voluntad contenida en la referida estipulación sí plasmaba de manera clara y contundente la intención de sus suscriptores de deferir sus diferencias a la justicia arbitral y, en consecuencia, sí había nacido a la vida jurídica para habilitar a los árbitros con el fin de dictar el laudo arbitral del dieciséis (16) de febrero de dos mil nueve (2009). En sentir de la parte actora, el texto de la cláusula vigésima cuarta no dejaba dudas respecto no solo de la decisión de acudir a dicho mecanismo alternativo de solución de conflictos, sino también de la indicación de la materia arbitrable, la cual asegura estaba constituida por las controversias que se generaran con ocasión del contrato de obra referido.

Adicionalmente, sostuvo que la autoridad judicial demandada ignoró los principios de conservación del negocio jurídico (Art. 1618 C.C.), efecto útil de las disposiciones contractuales (Art. 1620 C.C.) y prevalencia de la intención de las partes (Art. 1618 C.C.) para efectos de interpretar el mencionado pacto, al considerar que la cláusula carecía de consentimiento, no obstante que la intención textual y circunstancial de las partes era clara e inequívoca en señalar que deseaban someterse a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.

La parte actora aseguró que, además de la claridad literal de la cláusula, diversos elementos probatorios como la “comunicación S-158938” del ocho (8) de noviembre de dos mil seis (2006) y la “reunión de conciliación” del dieciséis (16) de noviembre de ese mismo año, apuntaban a la existencia de una decisión inequívoca de someter las diferencias que entre ellas se presentaran a la decisión de la justicia arbitral.

7.3.2. Como se recordó en apartes anteriores de esta providencia, la Corte Constitucional ha señalado reiteradamente que la configuración de un defecto sustantivo fundado en la interpretación indebida de una norma es excepcional, en la medida en que se requiere demostrar de manera *fehaciente* e *incontrovertible* que la decisión judicial reprochada, en razón de tal circunstancia, se torna contraria al orden jurídico.⁴²

Así lo sostuvo enfáticamente esta Corporación en la sentencia T-757 de 2009, al manifestar:

⁴² Corte Constitucional: Sentencia T-204 de 2009.

*“En materia de interpretación judicial, los criterios para definir la existencia de una vía de hecho son especialmente restrictivos, circunscritos de manera concreta a la actuación abusiva del juez y flagrantemente contraria al derecho. El hecho de que los sujetos procesales, los particulares y las distintas autoridades judiciales no coincidan con la interpretación acogida por operador jurídico a quien la ley asigna la competencia para fallar el caso concreto, o no la compartan, en ningún caso invalida su actuación ya que se trata, en realidad, de “una vía de derecho distinta” que, en consecuencia, no es posible acomodar dentro de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. De esta manera, queda a salvo, pues, el respeto por el principio democrático de la autonomía funcional del juez que reserva para éste, tanto la adecuada valoración probatoria como la aplicación razonable del derecho.”*⁴³

En ese sentido, para este Tribunal no cabe duda que *“un juez de la República no viola el derecho al debido proceso de una persona cuando, prima facie, su lectura de las normas jurídicas aplicables, o no aplicables, se encuentra dentro del margen de interpretación razonable.”*⁴⁴

7.3.3. Ahora bien, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado efectuó el siguiente análisis para concluir que la estipulación vigésima cuarta del contrato objeto del litigio era inexistente y, en consecuencia, carecía de la eficacia jurídica necesaria para habilitar a los árbitros para dictar el laudo arbitral del dieciséis (16) de febrero de dos mil nueve (2009):

(i) La estipulación contractual objeto de la controversia señalaba que:

“Las diferencias que surjan entre las partes por asuntos diferentes a la cláusula de aplicación de caducidad y de los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales, con ocasión de la celebración, cumplimiento y liquidación del contrato, serán dirimidas mediante la utilización de los mecanismos de solución ágil de conflictos previstos en la ley, tales como arreglo directo, amigable composición, conciliación, transacción y si tales diferencias tienen carácter insalvable, acudirán de mutuo acuerdo al arbitramento de conformidad con lo establecido en las normas vigentes.” (Resaltado fuera de texto)

(ii) La cláusula establecía que las partes acudirían a los *“mecanismos de solución ágil de conflictos previstos en la ley”* para dirimir las diferencias surgidas con ocasión del contrato. No obstante, su texto no señalaba concreta y específicamente cuál de ellos sería el aplicable. En igual sentido, el pacto arbitral tampoco definía las condiciones de

⁴³ Ver también la sentencia T-1001 de 2001.

⁴⁴ Sentencias T-051 de 2009 y T-131 de 2010, entre otras.

tiempo, modo y lugar para que operaran dichos mecanismos. En razón de las anteriores deficiencias, la referida estipulación era tan solo una “*mera enunciación de opciones*”, que no resultaba vinculante para los contratantes. En palabras del Consejo de Estado:

*“Si llegan a surgir, en el futuro, diferencias entre las partes con ocasión de la celebración, el cumplimiento o la liquidación del contrato, para dirimirlos las partes podrán acudir a la utilización – genérica, imprecisa, vaga, abstracta – de los mecanismos de solución ágil de conflictos previstos en la ley, tales como los que a título meramente enunciativo o de ejemplo se indican a continuación: arreglo directo, amigable composición, conciliación o la transacción, sin que haya claridad, precisión o determinación concreta y específica acerca de cuál de esos mecanismos será el aplicable y menos se definen condiciones de tiempo, modo o lugar para que opere una de esas varias alternativas, cuestión que reduce la estipulación a una mera enunciación de opciones sin que el acuerdo pueda ser exigible coactivamente, lo cual lo torna en un acuerdo que no resulta vinculante para los contratantes.”*⁴⁵

(iii) Adicionalmente, el pacto preveía que si las diferencias entre las partes tenían un carácter “*insalvable*”, aquellas acudirían “*de mutuo acuerdo al arbitramento*”. Sin embargo, la cláusula no señalaba qué debía entenderse por diferencia “*insalvable*”, por lo cual no era posible establecer cuándo era viable someterse a la decisión de un Tribunal de Arbitramento. La referida estipulación supeditaba también el acceso a la justicia arbitral a “*un mutuo acuerdo*”, que debía necesariamente expresarse en el momento en que surgieran las discrepancias insalvables. En consecuencia, en sentir del Consejo de Estado, el aludido pacto era apenas “*un enunciado de propósitos comunes para hipótesis fácticas venideras*”, que carecía de total exigibilidad. Dijo al respecto:

“La otra parte de esa misma cláusula prevé que si tales diferencias eventuales llegaren, además, a tener el carácter de insalvables – cuestión que no es fácil desentrañar si dependerá del hecho de que no hubieren podido dirimirse o resolverse mediante la puesta en marcha de uno o varios de los mencionados “mecanismos” de solución ágil de conflictos previstos en la ley o si podrán tener ese carácter de manera autónoma o independiente – las partes prevén que sólo en ese momento, cuando surjan esas discrepancias insalvables, “acudirán de mutuo acuerdo al arbitramento de conformidad con lo establecido en normas vigentes”, lo cual evidencia entonces que sólo en ese evento futuro procederán a pactar, convenir o celebrar el correspondiente pacto arbitral, cuestión que impide la exigibilidad de la cláusula y le elimina la generación de efectos vinculantes, para reducirla, por tanto, a un

⁴⁵ Folio 33 del cuaderno de revisión.

enunciado de propósitos comunes para hipótesis fácticas venideras.”⁴⁶ (Resaltado fuera de texto)

(iv) Así las cosas, debido a la necesidad de que las partes manifestaran su consentimiento cuando surgieran las aludidas diferencias de carácter “*insalvable*” y a la absoluta falta de precisión de los términos bajo los cuales operaría la habilitación arbitral, la cláusula vigésima cuarta del contrato era inexistente por carecer de objeto, ya que no plasmaba la decisión clara, inequívoca y vinculante de someterse a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.

7.3.4. Para la Sala, las anteriores conclusiones constituyen un defecto sustantivo que hace procedente la acción de tutela en el presente caso, toda vez que están fundamentadas en un entendimiento manifiestamente equivocado de las disposiciones sustanciales aplicables, negando injustificadamente el derecho fundamental al acceso a la justicia de las partes, por las razones que pasarán a explicarse:

(i) *El Consejo de Estado declaró la inexistencia de la cláusula compromisoria al verificar la ausencia de elementos diferentes a los que el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998 exige para tal efecto.*

La inexistencia es una *sanción* de los negocios jurídicos introducida por el Código de Comercio en el inciso 2do del artículo 898. De acuerdo con dicha normativa, habrá lugar a decretar la inexistencia de un negocio jurídico única y exclusivamente cuando (i) aquel carezca de las solemnidades *ab substantiam actus* que la ley exige para su perfeccionamiento; (ii) no haya objeto, consentimiento o causa; o (iii) el acuerdo bajo examen falte a cualquiera de los elementos esenciales *específicos* del correspondiente acto o contrato.⁴⁷

Por su parte, a partir del texto de los artículos 117 y 118 del Decreto 1818 de 1998, puede sostenerse que el objeto del contrato de arbitraje consiste en someter un litigio de carácter transigible – presente o futuro – a la decisión de un Tribunal Arbitral. Asimismo, las aludidas disposiciones establecen que el pacto arbitral es un negocio jurídico de naturaleza solemne, ya que deberá estar “*contenido en un contrato o documento anexo*”.⁴⁸

Así las cosas, un pacto arbitral se reputará legalmente perfecto y tendrá la virtualidad para habilitar a un grupo de árbitros para definir con autoridad de cosa juzgada una disputa específica cuando: (i) las partes expresen su

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ “Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.”

⁴⁸ Art. 117 “Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.”

Art. 118 “Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o documento anexo, a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a un tribunal arbitral.”

intención de acudir al arbitraje para solucionar una determinada controversia y (ii) dicho acuerdo esté plasmado en un documento.⁴⁹ Si bien los contratantes, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad privada, están plenamente facultados para determinar con total precisión los términos y condiciones en virtud de los cuales operará la habilitación de los árbitros, la ley sustancial no los exige como requisitos de la existencia del contrato de arbitraje.⁵⁰ En realidad, ante la falta de pacto de las partes sobre las circunstancias de ejecución del negocio jurídico arbitral, las disposiciones contenidas en el Decreto 1818 de 1998, por vía supletiva, llenarán tales vacíos.⁵¹

El Consejo de Estado distorsionó insalvablemente la intención de las partes de acudir al arbitraje, cuando sostuvo que ello era consecuencia de la falta de “claridad, precisión o determinación concreta y específica” acerca de cuál de los mecanismos alternativos de solución de conflictos debía aplicarse, y de la total ausencia de “condiciones de tiempo, modo o lugar para que opere una de esas varias alternativas”. Entendió equivocadamente como elementos *essentiali negotii* del contrato requisitos que ni la legislación vigente ni la jurisprudencia han impuesto, incurriendo en un **defecto sustantivo** por interpretación manifiestamente irrazonable de las disposiciones normativas aplicables.

En efecto, si bien la estipulación objeto de debate enunciaba no sólo al arbitramento, sino también a otros mecanismos alternativos de solución de conflictos como instrumentos para dirimir las divergencias que surgieran a raíz del contrato, la falta de definición del orden en el cual debían emplearse, o el momento en que debían operar pueden entenderse como circunstancias que impidieran entender que los contratantes deseaban, con toda certeza, solucionar sus disputas a través de ellos. En realidad, lo que en esencia indicaba dicho pacto era la obligación de realizar un acercamiento directo antes de acudir a un tercero para dirimir la controversia.

En consecuencia, la Sala debe concluir que el Consejo de Estado, al exigir absoluta precisión y claridad sobre las condiciones de tiempo, modo y lugar en que debía operar la habilitación de los árbitros como requisito para la existencia de la cláusula compromisoria, incurrió en un **defecto sustantivo**, ya que, conforme a la normativa vigente, basta que el pacto arbitral contenga la intención de acudir al arbitraje para solucionar una determinada controversia.

Dicho yerro interpretativo se tradujo en la vulneración insalvable del derecho fundamental al acceso a la justicia de la entidad reclamante, toda vez que, en razón a la declaración de inexistencia de la cláusula compromisoria, se dejó

⁴⁹ Silva Romero, Eduardo: El arbitraje examinado a la luz del derecho de las obligaciones. En: El contrato de arbitraje. 1ra Ed, Bogotá, Legis, 2005 P. xv

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ *Ibíd.*

sin efectos el laudo arbitral que había zanjado las controversias relativas al contrato objeto de la disputa.

- (ii) *El Consejo de Estado desconoció arbitraria e injustificadamente los principios de interpretación de los negocios jurídicos al examinar la cláusula compromisoria.*

El pacto arbitral, en tanto negocio jurídico de derecho privado, debe leerse por regla general a la luz de los principios de hermenéutica contractual contenidos en la legislación civil.⁵² En consecuencia, el examen para determinar si un pacto arbitral ha surgido a la vida jurídica debe prestar especial atención a postulados básicos de la interpretación de los contratos, como los principios de conservación del negocio jurídico, prevalencia de la intención de las partes (Art. 1618 C.C.) y efecto útil de las disposiciones contractuales (Art. 1620 C.C.).⁵³ En materia arbitral la doctrina especializada ha señalado que la aplicación de los anteriores principios de hermenéutica exige del juez:

*“la separación de lo defectuoso y de lo inválido atendiendo el denominado “efecto útil” del convenio arbitral. Por eso el juez debe distinguir con precisión entre una cláusula oscura que no suponga ningún obstáculo para realización del arbitraje de aquella otra que sí lo suponga, por ejemplo, en las hipótesis que hemos formulado, cuando no pueda identificarse con claridad del organismo arbitral al que las partes pretenden someterse. Se entiende, en tal sentido, que después de que las partes hayan incluido una cláusula compromisoria en el contrato, el juez debe presumir que su intención es establecer un futuro mecanismo de solución de controversia basado en el arbitraje. Esto es, el juez debe dejar constancia de la voluntad real de las partes de recurrir al arbitraje y solo ha de llegar a una conclusión contraria si esta voluntad no está suficientemente acreditada por circunstancias de índole objetivo. No se trata de que el juez tenga la obligación de modificar el sentido literal de las cláusulas compromisorias, sino que debe reconstruir, si así lo considera oportuno, la voluntad deficientemente expresada por las partes de someterse al arbitraje y prescindir de una simple lectura plenamente formal de la cláusula controvertida. Mas tampoco ha de extralimitarse en su función y llegar a una revisión de la cláusula, lo cual denota que deberá moverse, en muchas ocasiones, en un difícil equilibrio, pues si la imposibilidad de revisión de la cláusula se encuentra en un extremo de la balanza en el otro se halla una eventual déni de justice.”*⁵⁴

En consecuencia, a menos de que no sea razonablemente posible deducir la intención de las partes de someterse al arbitramento, el juez debe propender por dotar de plenos efectos al pacto arbitral, sin detenerse en reparar por

⁵² Zuleta Jaramillo, Eduardo: El arbitraje y la responsabilidad civil extracontractual. En: El contrato de arbitraje. 1ra Ed, Bogotá, Legis, 2005 P.225

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ Fernández Rozas, José Carlos y Artuch Iriberry, Elena: Validez y eficacia del convenio arbitral internacional. En: Tratado de Derecho Arbitral. Tomo I. Bogotá, Ibáñez 2011, P. 767.

deficiencias de redacción o falta de precisión en el alcance de la habilitación, ya que de lo contrario desconocería indebidamente la libre decisión de los contratantes de poner fin de manera pacífica a sus disputas a través de dicho mecanismo alternativo de resolución de controversias.⁵⁵

En ese sentido la Corte Constitucional observa que el Consejo de Estado, al razonar que la expresión “*acudirán de mutuo acuerdo al arbitramento*” suponía que era indispensable que las partes expresaran posteriormente su aquiescencia de someterse a la decisión de someterse a un Tribunal Arbitral una vez las diferencias de carácter “*insalvable*” se presentaran, privó de un “*efecto útil*” a la cláusula vigésimo cuarta del contrato objeto del litigio. La intención de los contratantes al consignar dicho pacto no se limitaba a reproducir una prerrogativa constitucional y legal que cualquier persona cuenta para resolver sus conflictos de carácter transigible – como lo es acudir a los métodos alternativos de solución de conflictos – sino que en realidad aludía al deseo claro e inequívoco de dirimir las diferencias que se presentaran en la celebración y ejecución del contrato a través del arbitramento. Sostener que la referida cláusula exigía que las partes prestaran nuevamente su consentimiento para acudir al arbitraje la reduce a la inutilidad, lo cual pugna flagrantemente con la intención de las partes de dejar de antemano, en forma expresa y por escrito, la posibilidad de someterse a un tribunal de tal naturaleza.

(iii) *El Consejo de Estado inadvirtió injustificadamente que la voluntad clara e inequívoca de las partes de someterse a un Tribunal de Arbitramento también estaba contenida en diversas pruebas documentales oportunamente incorporadas al expediente.*

Aun admitiendo, en gracia de discusión, que las deficiencias de redacción y precisión de la cláusula compromisoria fueran de tal magnitud que la harían jurídicamente inexistente, la Sala advierte diversos documentos que daban cuenta de la voluntad clara e inequívoca de los contratantes de acudir a un Tribunal de Arbitramento. Dichos elementos de convicción llenaban entonces el –supuesto– vacío que el Consejo de Estado encontró, cuando sostuvo que lo que las partes pretendieron fue reiterar la necesidad de expresar la voluntad de someterse al arbitraje una vez se presentaran las diferencias insalvables.

En efecto, la prueba denominada “comunicación S-158938”, del ocho (8) de noviembre de dos mil seis (2006), y “el acta de la reunión de conciliación”, del dieciséis (16) de noviembre de ese mismo año, muestran que las partes siempre tuvieron la intención de acudir a un Tribunal de Arbitramento para solucionar sus divergencias de carácter transigible.

La primera de las pruebas consiste en una respuesta que la Secretaría de Educación de la Alcaldía Mayor de Bogotá le dio a una petición elevada por la Unión Temporal MAVIG-DEPROCON, relativa a una reclamación por una

⁵⁵ Op cit. Zuleta.

presunta ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato. Luego de desestimar la gran mayoría de las solicitudes, la Secretaría de Educación – parte convocada en el Tribunal de Arbitramento – señaló lo siguiente:

*“Podría tenerse en cuenta algún reconocimiento lógico, presentado y avalado por la interventoría de gastos administrativos en que incurrió el Contratista. De lo contrario dejaremos para que un Tribunal de Arbitramento justo determine con mayor certeza, los valores reales a reconocer.”*⁵⁶

En igual sentido, el acta de conciliación anteriormente reseñada consigna la voluntad de la Unión Temporal MAVIG-DEPROCON de someterse a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, al establecer que:

*“El contratista opina que debido a que no hay un acuerdo económico entre las partes, considera que se debe proceder al Tribunal de Arbitramento.”*⁵⁷

De idéntica forma, no puede dejar de mencionarse que, conforme a las actas del trámite arbitral, las partes designaron y ratificaron, de común acuerdo, las personas que integrarían el Tribunal de Arbitramento, en una clara muestra de su intención de poner punto final a sus controversias de carácter transigible a través de dicho mecanismo.⁵⁸

Asimismo, aun cuando la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá censuró la competencia del Tribunal de Arbitramento por considerar que era necesario que las partes acudieran a él “de común acuerdo”, los árbitros, fundamentados en el cruce de comunicaciones anteriormente referido y en la designación y ratificación del panel arbitral, desestimaron categóricamente tal argumento.⁵⁹ Debe resaltarse, además, que la entidad contratante nunca volvió a cuestionar la habilitación de los árbitros en ninguna otra instancia, a tal punto que ni siquiera formuló un cargo relativo a dicha circunstancia en sede del recurso de anulación.

No es necesario realizar mayores esfuerzos para comprender que, en virtud de todas las anteriores circunstancias, las partes tenían la intención clara e inequívoca de dejarle a un Tribunal Arbitral la decisión con autoridad de cosa juzgada de las diferencias que tuvieran en relación con el contrato objeto de debate. Tales expresiones de voluntad, como bien se observa, están contenidas en pruebas escritas, con lo cual se satisface la solemnidad exigida por los artículos 117 y 119 del Decreto 1818 de estar plasmado en un documento.

Así las cosas, además de existir una cláusula compromisoria que, a pesar de sus deficiencias de redacción, cumplía con la totalidad de los requisitos legales

⁵⁶ Folio 153 del cuaderno de revisión.

⁵⁷ Folio 155 del cuaderno de revisión.

⁵⁸ Folio 51 del cuaderno de revisión.

⁵⁹ Folio 49 del cuaderno de revisión.

para su existencia jurídica, puede decirse que existió un compromiso, a través del cual las partes decidieron libre y voluntariamente resolver sus diferencias mediante la justicia arbitral.

En este orden de ideas era absolutamente claro que los contratantes eligieron al arbitramento como mecanismo para poner punto final a las divergencias surgidas con ocasión de la celebración y ejecución del contrato de obra UEL-SED-04-131/00/03. Por ello, cuando el Consejo de Estado concluyó justamente lo contrario, incurrió en un **defecto sustantivo** por interpretación manifiestamente irrazonable de las normas relativas a los requisitos de existencia del pacto arbitral y, por consecuencia, desconoció injustificadamente el derecho al acceso a la justicia de la parte reclamante.

Ha de anotarse que el presente yerro apreciativo es evidente y tiene una magnitud considerable para el sentido de la decisión reprochada, ya que con fundamento en él se tomó la determinación de dejar sin efectos el laudo arbitral del dieciséis (16) de febrero de dos mil nueve (2009). Además, la declaratoria injustificada de inexistencia del pacto arbitral vulneró el derecho de acceso a la justicia de la parte actora, toda vez que en razón de la presunta inexistencia del laudo las diferencias de carácter transigible entre las partes contrato quedaron sin solución alguna.

8. Conclusión

El análisis precedente permite concluir que el fallo dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al decidir el recurso de anulación contra el laudo arbitral que resolvió las controversias surgidas entre la Unión Temporal MAVIG-DEPROCON y la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, no configuró un defecto orgánico.

Sin embargo, dicho fallo sí incurrió en un **defecto sustantivo** al haber declarado que la estipulación vigésima cuarta del contrato era inexistente por carecer de objeto, en detrimento de los derechos al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia.

En efecto, a pesar de las –eventuales– deficiencias de redacción y precisión de la cláusula, lo cierto es que a la luz de principios de hermenéutica contractual y de la conducta desplegada por las partes, se contaba con los elementos de juicio suficientes para acreditar, en grado de certeza, la voluntad libre e inequívoca de las partes de someterse a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, de manera que la cláusula sí cumplía los requisitos para nacer a la vida jurídica y tener plenos efectos, como finalmente ocurrió.

En estas condiciones, la Corte revocará la sentencia de segunda instancia que, confirmando el fallo de primer grado, declaró improcedente la solicitud de amparo.

9. De las medidas de protección que deben adoptarse

9.1. Esta Corporación, al haber verificado que la mencionada providencia es contentiva de un defecto sustantivo por interpretación manifiestamente irrazonable de las disposiciones jurídicas pertinentes, debe adoptar, por mandato constitucional, la medida más idónea y efectiva para asegurar la protección de los derechos fundamentales aquí vulnerados.

En principio debería ordenarse a la autoridad judicial demandada que proferiera un nuevo fallo. No obstante, la Sala advierte que en el presente caso la única alternativa realmente idónea para alcanzar la protección efectiva de los derechos fundamentales consiste en resolver la controversia planteada con el recurso de anulación. En efecto, constata que se dan las mismas circunstancias excepcionales que motivaron a la Sala Plena de esta Corporación, en la sentencia SU-917 de 2010, a tomar una determinación similar.

Para la Sala, al igual que en la decisión anteriormente citada, es necesario proferir un fallo que ponga fin a la controversia. Ello se explica por varias razones: (i) existen antecedentes que demuestran la negativa del Consejo de Estado para atender lo dispuesto por la Corte Constitucional cuando se trata de tutela contra providencias emanadas de esa Corporación, *“lo que hace necesario explorar nuevas alternativas para proteger sin más traumatismos los derechos fundamentales de los ciudadanos”*; (ii) es la forma más efectiva de garantizar la protección oportuna de los derechos fundamentales prevista en el artículo 86 de la Constitución, en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en estos excepcionales casos; (iii) se hace en cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos frente al cumplimiento de sentencias de tutela; y (iv) es la decisión menos lesiva para la responsabilidad del Estado Colombiano y más garantista para quienes han visto afectados sus derechos.⁶⁰

9.2. Así las cosas, la Corte procederá al estudio de los cargos formulados por la Secretaría de Educación Distrital al proponer el recurso de anulación, ya que es justamente aquello lo que el Consejo de Estado debería decidir, una vez definido que la cláusula compromisoria sí existía y que, por ende, los árbitros sí estaban habilitados para proferir el laudo del trece (13) de febrero de dos mil nueve (2009).

9.2.1.- *Cargos fundados en la configuración de la causal contenida en el numeral 7 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 (Numeral 7 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998)*

- **Primer cargo**

⁶⁰ Sentencia SU-917 de 2010.

La Secretaría de Educación de Bogotá adujo que el laudo arbitral contenía disposiciones contradictorias en las resoluciones sexta y séptima. Al respecto alegó que mientras que la primera de las determinaciones citadas establecía que la entidad contratante no adeudaba valor alguno al contratista por concepto del rompimiento del equilibrio económico del contrato – por no haberlo ejecutado –, la segunda de ellas, en abierta contradicción con lo anterior, condenaba al pago de mil treinta y cuatro millones doscientos sesenta y nueve mil trescientos sesenta y ocho pesos (\$1.034.269.368).

Al darse traslado del recurso de anulación a la Unión Temporal MAVIG-DEPROCON, ésta descartó la configuración del aludido yerro por considerar que mientras que la resolución sexta aludía a la exoneración por obra ejecutada, *“toda vez que por culpa de la administración no se pudo ejecutar nada de la obra”*, el numeral séptimo de la parte resolutive del laudo estaba relacionado con la indemnización de perjuicios procedente de *“la mala planeación del contrato por parte de las entidades estatales.”*⁶¹

De conformidad con el numeral 7º artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, es requisito indispensable para alegar la existencia de errores aritméticos o disposiciones contradictorias que la parte afectada los haya planteado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento.

Sin embargo, observando las pruebas obrantes en el expediente y haciendo propia la posición del Ministerio Público en tal sentido, la Sala encuentra que la Secretaría de Educación no solicitó ante los árbitros la aclaración y corrección del laudo, lo cual era el instrumento procesal idóneo dentro de dicho juicio para conjurar dicha circunstancia.⁶²

Adicionalmente, la Sala no encuentra que las resoluciones sexta y séptima del laudo arbitral sean contradictorias y puedan configurar la causal 7ª de anulación, toda vez que aluden cuestiones jurídicas plenamente diferenciables. En efecto, mientras que la primera estaba relacionada con la liquidación parcial del contrato como consecuencia necesaria de su nulidad absoluta parcial, lo dispuesto en la resolución séptima hacía referencia a la indemnización del daño sufrido por la Unión Temporal MAVIG-DEPROCON con ocasión de *“las actuaciones, omisiones y abstenciones imputables a la entidad contratante que conllevaron a una mayor permanencia en la ejecución del contrato.”*⁶³ Por consiguiente, el cargo no prospera.

- **Segundo cargo**

La Secretaría de Educación también sostuvo que el laudo era contradictorio en sus resoluciones tercera y sexta, porque mientras una declaraba el

⁶¹ Folios 14 a 17 del cuaderno de revisión.

⁶² Folios 18 y 19 del cuaderno de revisión.

⁶³ Folios 124 a 126 del cuaderno de revisión (Páginas 143 a 147 del Laudo Arbitral)

rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato, la otra ordenaba la liquidación parcial del contrato y establecía que no había obligaciones a cargo de la entidad contratante.

A su turno, la Unión Temporal expresó que las resoluciones sexta y tercera se referían a situaciones diferentes y por ende no eran contradictorias. Explicó que la declaración del rompimiento del equilibrio económico del contrato estaba relacionada con aquella parte del negocio jurídico que sí se ejecutó pero no se anuló, ni liquidó; mientras que la liquidación del contrato hacía alusión a la porción del convenio que sí se había terminado mediante declaración judicial.

Tal como sucedió con el primer cargo, la Sala observa que la parte recurrente no cumplió con la exigencia de alegar dicha circunstancia directamente ante el Tribunal de Arbitramento.

Y a pesar de que ello sería suficiente para descartar la configuración del cargo endilgado, la Corte encuentra, además, que los referidos numerales de la parte resolutive no son contradictorios toda vez que aluden a circunstancias debatidas independientes. Si bien el numeral sexto señala que la Secretaría de Educación no debe suma alguna por concepto de liquidación parcial del contrato, ello no quiere decir que no pueda ocurrir lo contrario respecto de otros actos u omisiones generadores de responsabilidad patrimonial, tales como el rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato. Es justamente aquello lo que ocurre en el presente caso, ya que el numeral tercero alude a la obligación de la entidad contratante de indemnizar al contratista por el cambio injustificado e imprevisto de las condiciones económicas de ejecución del referido negocio jurídico.

En consecuencia, al encontrarse que las referidas resoluciones no pugnan unas con otras, se descarta la configuración del presente cargo.

- **Tercer cargo**

A juicio de la Secretaría de Educación de Bogotá, el Tribunal de Arbitramento incurrió en un error aritmético al haber tenido en cuenta, para efectos de calcular el monto de la condena, una utilidad proyectada por el contratista el 349.2975%, y como costo real de la obra contratada tan solo \$414.873.532, lo cual resultaba *“abiertamente contrario a la realidad del contrato”*. Adicionalmente, manifestó que el panel de árbitros se equivocó al haber condenado al pago de intereses respecto de una suma de dinero que había sido previamente indexada.

La Unión Temporal, en respuesta a dicho cargo, sostuvo que tal reproche no podía ser alegado en virtud de la referida causal, toda vez que aquella está circunscrita para aquellas equivocaciones en la aplicación de operaciones aritméticas y no para cuestionar diferencias conceptuales.

Sobre el particular la Corte encuentra que, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la causal fundada en la existencia de errores aritméticos pretende conjurar únicamente aquellas equivocaciones en las que pudo haber incurrido el Tribunal *“al realizar alguna de las cuatro operaciones aritméticas y por consiguiente se trata de un yerro que al corregirlo no conduce a la modificación o revocación de la decisión que se ha tomado.”*⁶⁴

Teniendo en cuenta lo anterior, observa que el reproche formulado por la Secretaría de Educación excede con creces el ámbito de aplicación de la mencionada causal, debido a que lo que se cuestiona no es una operación aritmética sino la forma de calcular el valor de condena, a partir de rubros que en su parecer son ajenos a la realidad del contrato. Dicha censura no es otra cosa que una inconformidad con los fundamentos conceptuales y contractuales que adoptó el Tribunal, lo cual resulta ajeno al recurso de anulación.

Así mismo, pero no menos importante, la Sala advierte que el reproche tampoco resulta procedente debido a que la Secretaría de Educación no alegó tal presunta irregularidad dentro del trámite arbitral. En vista de lo anterior, el cargo no está llamado a prosperar.

9.2.2.- Cargo fundado en la configuración de la causal contenida en el numeral 8 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 (Numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998)

Finalmente, la parte recurrente expuso que el laudo censurado recayó sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, al haber declarado la nulidad absoluta parcial del negocio jurídico objeto de la controversia, ya que, en su criterio, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha manifestado de manera reiterada y uniforme que, en razón al carácter no transigible de estos asuntos, la justicia arbitral carece de competencia pronunciarse sobre la legalidad de los contratos estatales.

La Unión Temporal se opuso a la prosperidad de dicho cargo, al señalar que los árbitros, por expresa habilitación legal, están facultados para declarar la nulidad de los contratos, incluso aquellos de carácter administrativo.

Al respecto, debe recordarse que, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 118 del Decreto 1818 de 1998⁶⁵, *“la cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y*

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: Sentencia del veinticuatro (24) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00019-00(38484).

⁶⁵ Originalmente, artículo 116 de la Ley 446 de 1998.

validez del contrato y la decisión del Tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente”⁶⁶

En igual sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido unívoca en señalar que si bien el juicio de legalidad de los actos administrativos es de resorte exclusivo de su jurisdicción⁶⁷, los árbitros están expresamente autorizados para conocer de procesos en los cuales se debata la existencia y validez del contrato objeto de controversia. En palabras de dicha autoridad judicial:

*“La norma transcrita [Art. 116 de la Ley 446 de 1998], de manera expresa, determinó algunas de las materias sobre las cuales el legislador consideró que se podían pronunciar los Tribunales de Arbitramento; en efecto, estableció que los tribunales de arbitramento pueden conocer procesos en los cuales se debata la existencia y validez del contrato. Así, la ley expresamente faculta a los árbitros para pronunciarse sobre las materias mencionadas. La disposición no admite inteligencia distinta; no solo porque sus términos son absolutamente claros en el sentido de que “podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y validez del contrato”, sino porque sería un contrasentido consagrar la autonomía de la cláusula compromisoria respecto de la validez del contrato, si no se autorizara, al mismo tiempo, la posibilidad que tienen los tribunales de arbitramento para decidir sobre ella.”*⁶⁸

Visto lo anterior, la Sala debe concluir que el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre la Unión Temporal MAVIG-DEPROCON y la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá no incurrió en la causal de anulación contenida en el numeral 8º del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, al haberse pronunciado en relación con el contrato de obra UEL-SED-04-131/00/03. En efecto, la posibilidad de pronunciarse sobre la existencia y validez de los negocios jurídicos, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 118 del Decreto 1818 de 1998, está comprendida dentro del marco de sus competencias, en cuanto no se ha pronunciado respecto de actos administrativos dictados por la Administración en ejercicio de sus poderes excepcionales⁶⁹, sino sobre asuntos de naturaleza patrimonial que, por consiguiente, hacen parte de las cuestiones sometidas al arbitramento.

Así las cosas, el cargo no prospera.

9.2.3.- Conclusión respecto del recurso de anulación

⁶⁶ Norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-248 de 1999.

⁶⁷ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-174 de 2007

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del catorce (14) de agosto de dos mil tres (2003). Radicación número: 24344.

⁶⁹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-1436 de 2000.

En suma, la Sala no encuentra procedente ninguno de los cargos formulados por la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá contra el laudo arbitral del dieciséis (16) de febrero de dos mil nueve (2009), debido a que: (i) las circunstancias constitutivas de los cargos los relacionados con la causal contenida en el numeral 7° del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 no fueron alegadas oportunamente ante el Tribunal de arbitramento; (ii) no existe contradicción entre las resoluciones sexta y séptima, ni tercera y sexta; (iii) los reproches endilgados bajo la referida casual no constituyen errores aritméticos; y (iv) los árbitros no decidieron cosas ajenas al arbitramento. Por consiguiente, se declarará infundado el aludido recurso de anulación.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia del dos (2) de diciembre de dos mil diez (2010) de la Sección Quinta de la Sala del Consejo de Estado, por medio de la cual se confirmó la decisión del diecinueve (19) de agosto de dos mil diez (2010) de la Sección Cuarta de esa misma Corporación judicial, que declaró improcedente la solicitud de amparo presentada por la Unión Temporal MAVIG-DEPROCON.

SEGUNDO.- En su lugar, **CONCEDER** la protección del derecho fundamental al debido proceso de la Unión Temporal MAVIG-DEPROCON, vulnerado por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, a través del fallo del diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010).

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, **DEJAR SIN EFECTOS** el fallo del diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010), proferido por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante el cual se declaró la inexistencia jurídica de la cláusula compromisoria contenida en la estipulación vigésima cuarta del contrato de obra UEL SED – 04 – 131/00/03 y del laudo arbitral del dieciséis (16) de febrero de dos mil nueve (2009).

CUARTO.- DECLARAR INFUNDADO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, el recurso de anulación promovido en contra del laudo arbitral del dieciséis (16) de febrero de dos mil nueve (2009) por parte de la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá.

QUINTO.- LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA
Magistrado
Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General